

当代经济前沿文库

FRONTIER SERIES IN CONTEMPORARY ECONOMICS

Optimal Remedy for Breach:
A Perspective of Law and Economics

最优违约救济：
法和经济学的视角

胡蓉 著

当代经济前沿文库

FRONTIER SERIES IN CONTEMPORARY ECONOMICS

Optimal Remedy for Breach:
A Perspective of Law and Economics

最优违约救济：
法和经济学的视角

胡蓉 著



东北财经大学出版社

Dongbei University of Finance & Economics Press

大连

© 胡 蓉 2008

图书在版编目 (CIP) 数据

最优违约救济: 法和经济学的视角/ 胡蓉著. —大连: 东北财经大学出版社, 2008.5

(当代经济前沿文库)

ISBN 978-7-81122-326-2

I.最… II.胡… III.合同-违约-研究-中国 IV.D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 062955 号

东北财经大学出版社出版

(大连市黑石礁尖山街 217 号 邮政编码 116025)

总编室: (0411) 84710523

营销部: (0411) 84710711

网 址: <http://www.dufep.cn>

读者信箱: dufep@dufe.edu.cn

大连海大印刷有限公司印刷

东北财经大学出版社发行

幅面尺寸: 148mm×210mm

字数: 137 千字

印张: 6 1/8

印数: 1—2 000 册

2008 年 5 月第 1 版

2008 年 5 月第 1 次印刷

责任编辑: 张旭凤 吴 茜

责任校对: 何 群

封面设计: 冀贵收

版式设计: 刘瑞东

ISBN 978-7-81122-326-2

定价: 22.00 元

本书由

· 辽宁省教育厅资助出版

序

合同，或称契约，与人们的生活息息相关。人们订立合同是为了更好地实现自己的利益。但是，合同是关于未来的约定，而未来充满了不确定性，因而合同不一定能够一丝不苟地执行。一旦合同的一方当事人违约，另一方当事人在合同中约定的利益就得不到实现。违约行为的原因和结果是各种各样的，有的违约行为是损人利己的机会主义行为，这种行为当然既非法，也不道德；有的违约行为却是不得已而为之，此时便与道德无关；更有一些违约行为是可以增进合同双方总体利益的，只要违约一方给另一方足够的补偿，甚至可以实现帕累托改进。如何合理地应对违约行为，提供合理的补救，弥补合同的缺陷，保护合同当事人的利益，即是本书所要研究的违约救济问题。

显然，从问题的性质上说，违约救济既是法学问题，又是经济学问题。但在传统的观念中，违约救济主要是法学家们研究的问题。20 世纪 50 年代，一些经济学家发扬了经济学传统的“侵略性”，大举“入侵”其他学科的传统领地，包括法学家的传统领地，同时，一些法学家也开始关注法律的经济效率问题，于是，以 1958 年芝加哥大学创办《法和经济学杂志》为标志，“法和经济学”作为一门独立学科正式诞生。随着法和经济学的兴起，经济学家对这个问题的兴趣日渐浓厚。对违约救济问题的研究也越来越多。作为一个新兴学科，法和经济学在 20 世纪 90 年代传入中国，但应该承认，直到目前为止，中国学者有关这一学科的研究尚很薄弱。

本书作者是一个年轻的经济学博士，通过学习，尤其是在国外的学习，接触到，并选择了法和经济学这一研究领域，以法和经济

学的研究方法对违约救济问题进行研究，形成了博士学位论文，本书便是以其博士学位论文为基础修改而成的。

经济学家看待违约救济等法律问题的出发点显然与法学家不同，法学家崇尚“公正”，经济学家更推崇“效率”；研究的方法也不相同，相比之下，经济学家的研究方法更接近“自然科学”。当然，二者所得出的结论也有差异。本书是作者以经济学者的视野，运用经济学研究方法进行的研究。作者将违约救济视为或然条款的替代，认为可以利用违约救济，诱使合同双方采取最优的行动，从而弥补合同的不完全性，甚至可以解决合同不完全性所产生的效率损失问题。在本书中，作者首先对不完全契约理论和违约救济理论的文献进行了归纳和梳理。以此为基础，分别考察了违约救济对履约—违约决策、信任投资决策以及风险分担的影响。所得出的主要结论是：期望损害赔偿这种违约救济方式一般说来能够导致最优的履约—违约决策；无事后谈判情况下，期望损害赔偿导致的信任投资最接近帕累托最优；有事后再谈判情况下，实际履行导致的信任投资最接近帕累托最优；没有一种违约救济方式能够导致最优的风险分担。最后，作者将得出的结论应用于中国合同法中的违约救济条款，并提出了完善相关法律的建议。

本书的研究是从法和经济学角度考察违约救济的有益尝试。其中的一些结论也许还可以进一步商榷，其研究的问题也许还有待于进一步扩展。但它确实为志在解决中国违约救济问题的研究提供了一个新的视角。而且，作者拥有大好年华，相信在今后的研究中，能够取得更大的成就，对有关理论和实践的研究做出更大贡献。

王询

2008年1月11日

前言

根据沃因和韦坎德（1999）的观点，对合同理论的研究可以分为四大流派。其中一种流派是将分析视角放在法与经济学之间的边界上。20 世纪 60 年代，法和经济学作为一门学科开始蓬勃发展，并在 70 年代成为经济学和法学研究中一个不可或缺领域，如今经济学理论和方法几乎运用到了法学的每一个领域。

法和经济学在合同法领域的应用主要体现为以下三个问题：（1）合同法的目的是什么？（2）应该履行什么样的合同？（3）如何对合同执行过程中的违约给予救济？本书试图回答第三个问题。

如果合同双方可以签订一份帕累托最优的完全合同，那么违约救济总是最优的。但是，现实中的合同往往不是完全合同，而且“在当前的法律制度状况下，合同在中国甚至比在西方更加不完全”（哈特，2006）。用法律或者惯例规定的违约救济来替代合同中的或然条款，可以弥补合同的不完全性，使买卖双方做出正确的决策。因此，本书在不完全合同的框架下对五种违约救济方式进行了比较：期望损害赔偿、信任损害赔偿、归还损害赔偿、实际履行和无赔偿。比较的依据是它们对履约—违约决策、信任投资和风险分担的影响。比较的标准是帕累托效率。

首先，本书在假设信任投资为外生变量、买卖双方均为风险中立者的基础上，考察违约救济如何影响履约—违约决策。无论是否存在事后再谈判，得出的主要结论都是一样的：如果法院对买方期望收益的估计足够准确，那么期望损害赔偿总是优于其他损害赔偿方式。

其次，本书放松信任投资是外生变量的假设，考察违约救济对履约—违约决策和信任投资的影响。在没有事后再谈判的情况下，帕累托最优的信任投资水平应该反映帕累托最优违约的概率。尤其是，因为违约将导致所有信任投资的收益都无法实现，所以在其他条件保持不变的情况下，违约的可能性越大，帕累托最优的信任投资水平就应该越低。得出的主要结论是期望损害赔偿优于信任损害赔偿和实际履行。存在事后再谈判时，“违约救济是否能导致帕累托最优的履约—违约决策”这个问题不再重要，因为双方总是可以就履约或者违约进行再谈判。因此，各种违约救济方式效率比较的唯一根据是损害赔偿引致的信任投资是否是帕累托最优的。结论与没有事后再谈判时是一致的。

再次，本书放松双方是风险中立者的假设，考察违约救济对风险分担的影响。当风险分担成为合同的唯一目标时，在某些风险组合中，某种违约救济可以实现最优风险分担。但是，一般说来，作为或然条款的替代，期望损害赔偿、信任损害赔偿、归还损害赔偿、实际履行和无赔偿均无法实现最优风险分担。

最后，本书将分析的结论用于考察中国合同法中关于违约救济的设计，并试图提出修改意见。我国违约责任制度以继续履行或强制履行（即实际履行）为首位违约责任承担方式，并将选择权赋予非违约方。在司法实践中，当一方违约时，如果非违约方要求实际履行合同而违约方又有履行能力时，法院通常予以支持。作者认为，在中国目前的具体情况下，采用实际履行作为首位违约救济方式是合理的，但是应该适当地赋予法官自由裁量权，引入损害赔偿。

法和经济学在 20 世纪 90 年代以后进入了一个发展比较缓慢的时期，没有出现新一代“领军人物”，也没有出现明显的突破性的新论著，对违约救济的研究也是如此。作者认为，对违约救济的研究可以在以下几方面进行进一步研究，以寻求新的突破。

(1) 目前,关于违约救济的文献假设中,违约对违约方的声誉没有影响,而现实的情况往往不是这样的。一旦引入声誉这个变量,关于各种违约救济方式效率的比较结果可能会发生变化。

(2) 关于违约救济的文献通常只考察一方进行信任投资而另一方做出履约—违约决策的情况,而更符合现实但更复杂的情况是,双方都进行信任投资,且都面临不确定性。

(3) 可以在预防措施等方面对违约救济进行研究。

(4) 目前,对违约救济的研究大都以英美法系为背景,我国学者应该以中国的社会主义法系为背景进行研究。

胡 蓉

2007 年 11 月

目 录

第 1 章 导 论	1
1.1 问题的提出	1
1.2 违约救济方式	2
1.3 研究方法	6
1.4 分析标准	9
1.5 本书结构	12
第 2 章 文献综述	16
2.1 不完全契约理论	16
2.2 违约救济理论	20
第 3 章 违约救济与履约—违约决策	26
3.1 问题的提出	26
3.2 模型概述	29
3.3 帕累托最优的完全合同	31
3.4 最优违约救济	34
3.5 结论	57
第 4 章 违约救济与信任投资 (I)	59
4.1 问题的提出	59
4.2 模型概述	61
4.3 合同一方做出信任投资决策而另一方做出履约 —违约决策	62
4.4 同一方做出信任投资决策和履约—违约决策	81

4.5 结论	85
第 5 章 违约救济与信任投资 (II)	87
5.1 问题的提出	87
5.2 模型概述	88
5.3 帕累托最优的完全合同	90
5.4 最优违约救济	92
5.5 结论	101
第 6 章 违约救济与风险分担	103
6.1 问题的提出	103
6.2 模型概述	104
6.3 帕累托最优的完全合同	105
6.4 最优违约救济	115
6.5 结论	119
第 7 章 对中国《合同法》的启示	121
7.1 最优违约救济：小结	121
7.2 大陆法系、英美法系以及中国的不同违约救济 选择	124
7.3 以实际履行为首位违约责任承担方式的片面性	128
7.4 以实际履行为首位违约责任承担方式的合理性	136
7.5 无赔偿	137
7.6 中国《合同法》相关条文调整建议	137
附 录	140
参考文献	164
后 记	181

第1章 导论

1.1 问题的提出

我们每天都在签订合同。无论我们是购买飞机票还是在饭店吃一顿晚餐，其实都签订了合同，只是我们并没有意识到。只有在从事某些重要的交易（例如购房）时，我们才会意识到合同的存在。

合同，又称契约、合约或协议，英文为 contract^①。合同应贸易的发展而产生，“是双方意愿一致而产生相互间法律关系的一种约定”（Justinian, 1989, p.159）。如果合同双方能够签订一份帕累托最优的针对所有或然情况（contingency）都做出了相应明确规定的合同，那么该合同是完全的，双方执行合同是合意的。但现实中的合同往往是不完全的，而且“在当前的法律制度状况下，合同在中国甚至比在西方更加不完全”（Hart, 2006, p.1）。

合同的不完全性将导致下列问题：当发生了合同中没有涉及的或然情况时，如何确保双方的履约—违约决策的最优？如何确保信

① 李风圣（1999）在《契约经济学》一书的翻译中特意强调将“contract”译为“契约”，而不是“合同”。他认为，“合同”一词在中国用得太多，逐渐失去了契约原来意义上“自愿协作和自由合意”的本质，将“合同”一词变成了纯粹的法律用语。本书将“contract”称为“合同”，原因有二：一是本书将用法和经济学的分析方法分析合同法中的违约救济问题；二是作者不认为将“contract”称为“契约”就能体现“自愿协作和自由合意”，也不认为将“contract”称为“合同”就无法体现这个本质。当然，为了遵循前人的研究习惯，本书在综述不完全契约理论时采用了“契约”一词。

任投资^①的最优？如何实现合同双方的最优风险分担？本书将试图说明，违约救济（remedy for breach）制度可以作为或然条款的替代，在一定程度上弥补合同的不完全性，从而实现最优的履约—违约决策、信任投资决策和风险分担。违约救济是指法律规定的违约行为发生后由违约方对非违约方采取的补偿措施。

1.2 违约救济方式

当合同一方未能履行已经在合同中做出的承诺时，受害方可向法院要求违约救济。不同的违约救济方式会给合同双方当事人带来不同的激励。

1.2.1 期望损害赔偿（expectation damage）

在这种规则下，违约受害人得到的赔偿必须使得其处境与合同得以履行的情况下一样好。（张维迎，2003，p.116）换句话说，如果法院采用期望损害赔偿，当一方违约时，违约受害方可以从违约方那里得到一笔赔偿，该赔偿相当于合同得以履行时受害方所能获得的收益。也就是说，违约受害人在违约与不违约之间是无差异的。

买卖双方签订合同是希望从履约中获益，因此，普通法传统倾向于按照保护预期收益来进行“期望损害赔偿”。大陆法系则将这种赔偿称为“积极赔偿”，因为这些赔偿所代替的收入可能会在未来增值。如果期望损害赔偿的目的达到，那么不管立约人是履约还是违约并赔偿损害，对违约受害人都是有利的。这样，期望损害赔偿使潜在违约受害人的利益不受履约或违约的影响。（Cooter 和 Ulen，2002，p.195）

^① 这里的“信任投资”（reliance investment）在其他经济学文献中一般称为“专用性投资”（specific investment）。本书使用“信任投资”是遵循了法和经济学研究的传统，参见 Fuller 和 Perdue（1937）、Dawson 和 Harvey（1977）。

1.2.2 信任损害赔偿 (reliance damage)

在这种规则下, 违约受害人在违约时得到的赔偿使得其处境与没有签订合同时一样。(张维迎, 2003, p.117) 也就是说, 违约受害人在违约发生和一开始就没有签订合同之间是无差异的。^①

被承诺方会因为对承诺的信任而进行投资, 从而信任会使违约带来的损失增加。违约通常会导致信任投资部分或全部损失, 因此违约会使违约受害人的境况比没有订立合同时更为糟糕。“没有订立合同”时的境况就成为计算损害的底线, 法院以这个底线来得出违约受害人处于其未与另一方订立合同时的境况所应得的赔偿。以此底线计算出的赔偿在普通法中被称为“信任损害赔偿”; 大陆法系则将这种赔偿称为“消极赔偿”, 因为这种赔偿替代的是已实际发生的损害。(Cooter 和 Ulen, 2002, p.197) 如果信任损害赔偿或消极赔偿的目的达到, 那么不管是没有签订合同还是违约并赔偿损害, 对潜在的违约受害方都是一样的。

1.2.3 归还损害赔偿 (restitution damage)

在这种规则下, 违约方只返还违约受害人所预付的数额。(张维迎, 2003, p.119) 这种违约损害赔偿要求违约方归还违约受害方此前交付的东西。如果买方预付了物品货款, 赔偿就等于价格。例如, 购买汽车的买主在得到车之前常需要付定金, 如果卖方违约不能提供汽车, 那么法院会要求卖方归还定金。这种赔偿方式之所以称为归还, 是因为它要求违约方归还他从违约受害方那里占有的东西。本书不考虑部分履约的情况, 所以不考虑违约前卖方给买方带

^① 有的学者在计算信任损害赔偿时加入了失去的机会, 参见 Fuller 和 Perdue (1973) 或者 Dawson 和 Harvey (1977)。当考虑失去的机会时, 信任损害赔偿就转化为期望损害赔偿。例如, 如果买方可以与另一个卖方签订一份同样的合同, 那么失去的机会就是“期望收益”。为了把弥补信任投资和获得期望收益区分开来, 本书选择使用不考虑失去的机会的信任损害赔偿概念。

来的好处的归还。这是一种最小化的赔偿，没有补偿违约受害人的期望损失、机会成本以及信任损失。尽管这种赔偿只是最低限度的，但它具有操作简单和可强制执行的优点。（Cooter 和 Ulen, 2002, p.200）

1.2.4 清偿损害赔偿（liquidated damage）

这种赔偿是在合同中以条款的形式明确规定了如果一方违约所应该赔偿的内容。这种赔偿方式与前面讨论的赔偿方式不同，它是在签订合同时由双方自行议定的。例如，一份装修合同中可以规定如果施工方逾期未完成施工则需交纳每天 200 元的误工费。除了这种具体的赔偿内容，合同中还可规定赔偿议定方式，如合同可详细载明双方当事人若发生纠纷则应当由国际商业议事机构进行仲裁，按其仲裁条例来裁定赔偿内容。法院在审议与赔偿相关的合同条款时会更严格更挑剔，但有时候法院不会强制执行这些条款，而是以法院指定的赔偿来替代。（Cooter 和 Ulen, 2002, p.202）

1.2.5 实际履行（specific performance）

实际履行，又称为特定履约、强制履约，要求立约人履行对对方的合同承诺。（Cooter 和 Ulen, 2002, p.201）实际履行是一些大陆法系国家常用的违约救济方式。

法院采用实际履行作为违约救济方式的典型情况是售卖的物品没有完全替代品存在，如土地、房屋、古董、艺术品以及专业劳动合同。相反，当违约涉及的售卖物品存在完全替代品时，法院一般会将其他违约损害赔偿作为赔偿方式，受害方可以用得到的损害赔偿来购买一个替代的履约，如新车、小麦、电视机等等。（Cooter 和 Ulen, 2002, p.202）

实际履行的补救方式是把物品本身（而不是它的价值）给予违约受害人。法院采用实际履行来作为违反提供唯一物品的承诺的补

救方法,可以避免一种无法解决问题的可能性,即难以断定违约受害人对违约物品所作的主观评价。

1.2.6 无赔偿 (no damage)

无赔偿是指违约方无需向违约受害方支付任何赔偿。之所以会出现这种情况,是因为有时候寻求赔偿的成本过高,从而阻止了一些人寻求赔偿。本书不考虑违约的道德因素,也不考虑违约对声誉带来的损失。

这与我们通常说的“无损害则无赔偿”不同。此处的无赔偿仅指由于寻求赔偿的成本过高,从而阻止了一些人寻求赔偿,而并没有造成损害。

通常期望损害赔偿、信任损害赔偿、归还损害赔偿统称为损害赔偿,是英美法系国家常用的违约救济方式。实际履行是大陆法系国家通常采用的违约救济方式,也为中国所沿袭。中国的立法精神不鼓励诉讼,诉讼成本与收益不对等,因此在更多的时候,违约受害人较少求助于法院,导致无赔偿这种救济方式在中国频频出现。

由于法和经济学是以英美普通法体系为背景发展起来的,所以在法和经济学文献中,法和经济学家们主要比较期望损害赔偿和信任损害赔偿的效率。例如, Che 和 Chung (1999) 比较了期望损害赔偿、清偿损害赔偿和信任损害赔偿对于合作投资的影响。Shavell (1980) 比较了期望损害赔偿、信任损害赔偿、归还损害赔偿和无赔偿对履约—违约决策和信任投资的影响。考虑到中国的实际情况,本书将借助前人已经建立的模型,比较期望损害赔偿、信任损害赔偿、归还损害赔偿、实际履行和无赔偿这五种违约救济方式的效率,以期为中国合同法中的违约救济方式选择提供参考。

本书不考察清偿损害赔偿这种违约救济方式,原因如下:清偿损害赔偿是双方在合同中明确规定了赔偿内容的救济方式。而双方要明确规定赔偿内容,则需要在签订合同前进行谈判并将谈判结果

以双方均认可的语言写入合同。谈判和起草具体条款往往需要高昂的成本，所以大多数合同都不会载明具体的救济方式。而且在实践中，法院一般不要求实行清偿损害赔偿。基于此，本书不考察清偿损害赔偿。

1.3 研究方法

本书采用法和经济学的研究方法。蒋兆康（1997）在其《法律的经济分析》中文版序言中给法和经济学下了一个定义：“（法和经济学是）用经济学的方法和理论，而且主要是运用价格理论（或称微观经济学），以及运用福利经济学、公共选择理论及其他有关实证和规范的方法考察、研究法律制度的形成、结构、过程、效果、效率及未来发展的学科。”在20世纪90年代上半期，法和经济学开始引起人们广泛的关注，成为我们所认识的新制度经济学的三个重要组成部分之一。（张军，2002，p.3）

用经济学的方法研究法律制度可以一直追溯到亚当·斯密、马克思、韦伯和康芒斯等经济学家的时期。经济分析在反托拉斯法和公用事业管制中的运用始终是经济学重要的研究领域。然而，法和经济学作为一门独立学科的起步和发展，却是从20世纪40年代芝加哥大学的经济学教授西蒙斯进入法学院讲授“经济学分析与公共政策”开始的。而后，经济学教授迪莱克特与法学教授利维合作开课，对美国的反托拉斯法进行了经济分析。1958年，芝加哥大学创办了《法和经济学杂志》，标志着作为一门独立学科的法和经济学正式问世。20世纪80年代，《法和经济学研究》、《法和经济学国际评论》以及《法学、经济学和组织杂志》等杂志也相继问世。而且在《哈佛法学评论》等法学杂志上也越来越多地出现法和经济学的论文。

20世纪60年代，法和经济学作为一门学科开始蓬勃发展。科